Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
http://dx.doi.org/10.12946/rg01/254-256

Rg 1 2002 254 – 256

Thomas Duve

Macht der Gewohnheit

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Liebe Leserinnen und Leser!
Liebe Autorinnen und Autoren!

Draußen geht der Nichtleser um,
ein gefährliches Tier.

Durs Grünbein

»Rechtsgeschichte« tritt an die Stelle von »Ius Commune«, der 1967 gegründeten und bis 2001 fortgeführten Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte.

Der neue schlichte Titel hat den Vorzug der Wahrhaftigkeit. Konnte doch das Gemeine Recht schon lange nicht mehr die Forschungsinteressen bündeln und begrenzen. »Rechtsgeschichte« widmet sich nicht einer Provinz, sondern der großen Welt des Rechts – wann, wo und in welcher Gestalt auch immer dies anzutreffen war und ist.

Den Weg durch die große, von Recht überquellende Welt sollen die Qualität und Originalität, der theoretische Anspruch und die Aktualität, der Charme und die Klugheit der Beiträge und Forschungen weisen. Herausgeberin, Redakteure und *Peers* entscheiden, ob ein Text lesbar und lesenswert ist, ob er intellektuellen Appetit anregen und Informationsdurst stillen kann oder eher geeignet ist, Leser zu Nichtlesern zu machen.

Gefährlicher als der Nichtleser ist allerdings jene Gattung Wissenschaftler, die rügt und rümpft, ohne die sichere Höhle der Nichtschreiber zu verlassen. Verehrte Autorinnen und Autoren, verehrte Leserinnen und Leser: Ihrer Lese- und Schreiblust, Ihrem Tatendrang oder Ihrer Trägheit, Ihrem Urteil und Vorurteil, Ihrer Gefährlichkeit oder Gefräßigkeit ist es anheim gegeben, was aus Rechtsgeschichte wird – und ob »Rechtsgeschichte« den Regenbogen, der mit diesem grünen Band beginnt, eines Tages vollenden wird.

»Rechtsgeschichte« wird zwei Mal jährlich, im September und im März, erscheinen. Das Programm eines jeden Bandes sowie Abstracts und Leittexte der »Debatte« stehen im Internet unter http://www.rg-rechtsgeschichte.de zur Verfügung.

Marie Theres Fögen

Debatte

Marie Theres Fögen	14	Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag
Simon Roberts	21	Against a Systemic Legal History
Marc Amstutz	26	Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie
Horst H. Jakobs	32	Umbenennungen
Egon Flaig	34	»… ziehe ich es vor, dazu zu schweigen …«

Recherche

Lorraine Daston	36	Baconsche Tatsachen
Rainer Maria Kiesow	56	Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht
Volker Bauer	71	Territoriale Amtskalender und Amtshandbücher im Alten Reich
Philippe Sturmel	90	L'école historique française du droit a-t-elle existé?
Christian Windler	122	Grenzen vor Ort
Mario Bretone	146	La »cartella rossa«
Karl Härter	159	Von der »Entstehung des öffentlichen Strafrechts« zur »Fabrikation des Verbrechens«
Johannes-Michael Scholz	198	Wahrnehmung als Reflexion Pierre Bourdieu 1930–2002
Klaus Lüderssen	208	Gadamers Wahrheit für Juristen Hans-Georg Gadamer 1900–2002
Daniel Dédeyan	216	Gadamer im Recht
Bettina Emmerich	221	Gnade für niemand! Matthias Beltz 1945–2002

Kritik

Marie Theres Fögen 226 Wie es euch gefällt
Raoul van Caenegem, European Law in the Past and the Future

Susanne Lepsius 227 Sieht man mit dem Zweiten besser?
Paolo Prodi, Una storia della giustizia

John W. Cairns 229 Ecclesia anglicana vivit iure commune
Richard H. Helmholz, The Ius Commune in England

Kent Lerch 232 Kreuz des Nordens
Kenneth Reid und Reinhard Zimmermann (Hg.), A history of private Law in Scotland

Tomasz Giaro 236 Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte
Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law

Marie Theres Fögen 238 Des Kaisers alte Kleider
Frank Kolb, Herrscherideologie in der Spätantike

Tomasz Giaro 241 Methodenreich
Jan Schröder, Recht als Wissenschaft

Christof L. Diedrichs 242 Starke Bilder – Schwache Theorie
Klaus Schreiner und Gabriela Signori (Hg.), Bilder, Texte, Rituale

Angela De Benedictis 244 Elefantenbegriffe
Peter Blickle, Kommunalismus

Joachim Eibach 246 Bewaffnete Spießbürger
Ralf Pröve, Stadtgemeindlicher Republikanismus und die »Macht des Volkes«

Gerhard Sälter 248 Städtischer »Unfug«
Rainer Driever, Obrigkeitliche Normierung sozialer Wirklichkeit

Joseph Canning 249 Papacy and Political Theory
Jürgen Miethke, De potestate papae

Christiane Birr 252 Im Dickicht des Gemeinen Rechts
Johannes Merz, Fürst und Herrschaft

Thomas Duve 254 Macht der Gewohnheit
Víctor Tau Anzoátegui, El poder de la costumbre

Kritik

Roy Garré 256 Vom Lob der Bauern und vom Wert der Gewohnheit
Peter Niederhäuser und Werner Fischer (Hg.), Vom «Freiheitskrieg» zum Geschichtsmythos

Susanne Lepsius 258 Quaestio Quaestionum
Manlio Bellomo, I fatti e il diritto

Karl-Heinz Lingens 261 Dreiste Wahrheiten?
Carl Gottlieb Svarez, Kronprinzenvorlesungen

Miloš Vec 262 Geistergeschichte
Martin Kühnel, Das politische Denken von Christian Thomasius

Valentin Groebner 264 Auf den Fluren von Ausländerbehörden
John Torpey, The Invention of the Passport
Andreas Fahrmeir, Citizens and Aliens
Dieter Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen

Christian Windler 267 Deutsche Grenzforschung
Christoph Motsch, Grenzgesellschaft und frühmoderner Staat

Claudia Kraft 269 Männererbe
Karl Kaser, Macht und Erbe

Margrit Seckelmann 271 Modern Times
Kees Gispen, Poems in Steel

Gerd Bender 273 An die Arbeit!
Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag
Willibald Steinmetz, Begegnungen vor Gericht

Kritik

Heino Heinrich Nau 276 Rechtspopulationen der Ökonomie
Martina Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution

Sabine Werthmann 278 Der Edelmann als Richter
Monika Wienfort, Patrimonialgerichte in Preußen

Cornelia Vismann 281 Nur wer den Quellcode kennt
Anette Baumann, Siegfried Westphal, Stephan Wendehorst und Stefan Ehrenpreis (Hg.), Prozessakten als Quelle

Marie Theres Fögen 284 Gesteht!
Bernd Rüthers, Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien

Natascha Doll 286 Die Entdeckung der Entdecker
Thomas Hoeren (Hg.), Zivilrechtliche Entdecker

Carsten Doerfert 288 Groundbook
Marcus Dittmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law

A. J. Boudewijn Sirks 289 In der Kürze keine Würze
Helmut Janssen, Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts

Michael Stolleis 291 »Volksempfinden« überall und nirgendwo
Angelika Kleinz, Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik

Lars Hendrik Riemer 294 Der gute Mensch im Verbrecher
Thomas Nutz, Strafanstalt als Besserungsmaschine

Marginalien

Marie Theres Fögen, Michael Kempe 298 Nach Hause …

Christine Franzius 301 Die jungen Milden. Eindrücke vom Forum junger Rechtshistoriker/-innen

304 Reihe Unwissen

304 Joint Venture
International Max Planck Research School for comparative legal history

Ilse Staff 305 Ausgemustert

Heinrich Gehrke 306 Schnappschüsse im Gerichtssaal
Erich Dittmann, »Nieder mit den schwarzen Paragrafenhengsten!« Zeichnungen aus deutschen Gerichten 1963–1999

Macht der Gewohnheit*

Fragen der Aneignung und Effektivität von Normen haben sich zu wesentlichen erkenntnisleitenden Perspektiven der rechtshistorischen Forschung zur Frühen Neuzeit entwickelt. Es ist dabei deutlich geworden, dass sich die Diskrepanz von zentraler Normsetzung und deren lokaler Umsetzung nicht als bloßes Vollzugsdefizit, sondern vor allem als Folge einer besonderen kulturellen Praxis begreifen lässt, die unserem an Gesetzesvollzug und Kodifikation geschultem Denken fremd ist. Im Zusammenhang damit kommt den Rechtsgewohnheiten eine besondere Bedeutung zu. Sie lassen sich nicht einfach als »Gewohnheitsrecht« in das moderne Rechtsquellensystem einpassen, sondern stellen ein anderes Prinzip der Rechtsfindung dar, mit dem Umstände des Einzelfalls erfasst und die neben der juristischen liegende soziale Normebene einbezogen werden konnte.

Gerade in der Konturierung der Eigenart dieses Rechtsdenkens besteht das zentrale Anliegen der in diesem Band zusammengefassten Arbeiten des argentinischen Rechtshistorikers *Víctor Tau Anzoátegui*. Er bezieht sich dabei auf das sog. *derecho indiano*, das vor allem auf *ius commune*, kastilischem Recht und einem besonderen Normengefüge Lateinamerikas zwischen dem 16. und 19. Jahrhundert aufbaut. Gerade dies macht die Beiträge in historisch-vergleichender Perspektive besonders wertvoll: Wohl selten waren Probleme der Normimplementierung so offensichtlich wie in Bezug auf den weit entfernten Erdteil, in dem dennoch »europäisches Recht« angewandt werden musste. Vier zwischen 1971 und 1986 entstandene Einzeluntersuchungen machen anschaulich, wie dies in der Praxis funktionierte; zwei neue abstrahierende Deutungsversuche zu Fragen der Rolle der Gewohnheit in der Rechtsgeschichte des Río de la Plata-Gebiets sind diesen bisher teilweise schwer zugänglichen Einzelstudien vorangestellt.

In dem einleitenden Aufsatz beschreibt Tau Anzoátegui zunächst die Gründe der langen Verdrängung der Bedeutung der Rechtsgewohnheiten in der rechtshistorischen Arbeit (19–39). Er sieht sie vor allem in dem wirklichkeits- und wissenschaftsverengenden Kodifikations-Kult der lateinamerikanischen Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. und 20. Jahrhunderts, der auch das Erkenntnisinteresse der Rechtsgeschichte geleitet habe; erst in jüngerer Zeit könnten deswegen die schon von Rafael Altamira und Ricardo Levene gegebenen Hinweise auf die Bedeutung der Rechtsgewohnheiten im *derecho indiano* wieder auf fruchtbaren Boden fallen. In dem anschließenden zentralen theoretischen Beitrag (43–81) formuliert Tau Anzoátegui vorsichtig seine These von der weit über die Funktion als Gewohnheitsrecht hinausgehenden Bedeutung der Rechtsgewohnheiten. Dabei hebt er den grundsätzlich anderen *modus operandi* des Juristen des *derecho indiano* hervor. Das diesem zur Verfügung stehende normative Material lässt sich für Tau Anzoátegui nur als eine Art Thesaurus von Normen unterschiedlichster Entstehungsweise, Art und Reichweite begreifen, die je nach Umständen des Einzelfalls, nach Sachverhalt, Zeitpunkt und beteiligten Personen angewandt wurden. Auch wenn es für dieses Verfahren keine ausdrücklichen Regeln gab, so offenbar doch ein Verständnis für die Richtigkeit der damit erzielten Ergebnisse. Auf diese Weise steuerten Rechtsgewohnheiten ein

* Víctor Tau Anzoátegui, El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires) Buenos Aires 2001, 364 S., ISBN 987-98950-0-2; auch in: Fundación Histórica Tavera/ Fundación Hernando de Larramendi, Colección Proyectos Históricos Tavera, I, José Andrés-Gallego (Hg.), Nuevas aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica, Madrid 2000 (CD-ROM, DIGIBIS).

bewegliches System, ermöglichten dessen Aktualisierung, brachten Gerechtigkeitserwägungen zum Tragen und trugen zur effektiven Konfliktlösung bei.

In den folgenden Einzelstudien präsentiert Tau Anzoátegui das empirische Material zu dieser Einordnung. Mit La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI–XVIII), (85–156) steht eine Überblicksdarstellung zur Bedeutung des Gewohnheitsrechts im *derecho indiano* am Anfang. Tau Anzoátegui weist auf verschiedenen Feldern die Bedeutung von Gewohnheitsrecht nach und macht deutlich, dass die Grenzziehung zu einer auf Rechtsgewohnheiten beruhenden Praxis fließend sind. Vor allem auf der Grundlage von Quellen aus dem *Archivo General de las Indias* gewinnen die Rechtsgewohnheiten hier Kontur als ein teils bewusst, teils unbewusst eingesetztes Flexibilisierungsinstrument, das Spannungen innerhalb der Interessengruppen der Kolonien, aber auch zwischen Kolonien und Krone lösen konnte. Trotz der Tendenz zu einer zunehmenden Kanonisierung des juristischen Wissens, der Schwächung der Selbstverwaltung und den einsetzenden vernunftrechtlichen Strömungen stellt Tau Anzoátegui ein bewusstes Festhalten an diesem flexiblen, kasuistischen Denken bis in das ausgehende 18. Jahrhundert fest. In der anschließenden Untersuchung der Gewohnheit als Rechtsquelle zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert bezieht sich Tau Anzoátegui vor allem auf Quellenmaterial der lokalen Selbstverwaltungsorgane, der *Cabildos* (157–233). Wieder beschreibt er Wortgebrauch, Erscheinungsformen und Funktionen von Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten anhand von Sachgruppen, etwa im Zusammenhang mit der Förmlichkeit lokaler Verfahren, im Ämterwesen und bei der Zuständigkeitsverteilung. Tau Anzoátegui geht es auch hier vor allem um die Beschreibung der verschiedenen Erscheinungsformen der Rechtsgewohnheit – eine Vorgehensweise, die er anhand ähnlicher Quellen auch in der Untersuchung des für die Gewohnheiten kritischen Zeitraums des 19. Jahrhunderts fortführt (235–305). Die Zentralisierungstendenzen, die Schwächung der *Cabildos* sowie der ideologische Einfluss der europäischen Literatur des ausgehenden 18. Jahrhunderts führten zu einer immer stärker gesetzesgebundenen Rechtsanwendung. Dennoch blieb trotz des zunehmenden Einsatzes gelehrter Juristen die Berufung auf diejenigen älteren Autoren dominierend, bei denen die Rechtsgewohnheiten einen zwar selten ausdrücklich thematisierten, in den Einzelaussagen aber gewichtigen Stellenwert einnahmen. Exemplarisch wird dies anschließend vorgeführt anhand der *Política Indiana* von Juan de Solórzano y Pereyra (1575–1655), einer der wohl einflussreichsten Schriften zum *derecho indiano*, ein Lehrbuch mit Gesetzescharakter, das mit wenigen anderen Werken und der *Recopilación* von 1680 den maßgeblichen Bezugspunkt der zeitgenössischen Rechtsanwendung darstellte (307–340).

Mit diesen Einzelstudien hat Tau Anzoátegui eine eindrucksvolle Phänomenologie der Rechtsgewohnheiten im *derecho indiano* vorgelegt. Dessen besondere Rahmenbedingungen mögen dabei manche der aus der kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte bekannten Charakteristika der frühneuzeitlichen Rechtsanwendung verstärkt, andere unterdrückt haben. Gerade hinsichtlich der Rechtsgewohnheiten ist das Sensibilisierungspotential dieses Teilbereichs der europäischen Rechtsgeschichte zweifellos besonders hoch. Mit der Zusammenstellung der quellenbezogen gearbeiteten Einzelstudien und einer auf diesem Material aufbauenden, vorsichtig-generalisierenden Problemskizze hat

Tau Anzoátegui eine an den Leser erhöhte Anforderungen stellende Präsentationsweise gewählt. Gerade diese führt jedoch um so eindringlicher an Denkformen und juristische Argumentationsweisen heran, deren angemessene Rekonstruktion sich einem begrifflich-systematischen Schematismus prinzipiell entzieht.

Thomas Duve